

POR

LOS PATRONOS DE LAS MEMORIAS Y obras pias que fundó el Doctor Don Iuan de la Canal. En el pleyto,

CON

Doña Maria Mendez Alfeyde, viuda de don Alonſo de Queſada, don Iuan Vazquez Meſsia, don Luys de Frias, y conſortes, vezinos de la Ciudad de Alcalà la Real.

En Granada, por Andres de Santiago Palomino, Impreſſor, y Mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1638.



VPVESTO EL hecho de el pleyto, que quedò bien entendido a la vista, no se podrà dudar del derecho de los patronos, porque como parece por la escritura de cēso presentada, lo impusieron sobre sus bienes don Pedro de Frias, Iuan Vazquez Messia, don Pedro Serrano de Pineda, y doña Ynes de Aranda su muger, don Pedro de Aranda Pineda, y doña Briáda de Truxillo su muger, vezinos de la dicha ciudad, en fauor de el Dotor don Iuan de la Canal, de mil y quatrocientos ducados de principal. Y el dicho don Iuan de la Canal por su testamento, que està assimismo presentado, deste censo en particular, y de otros que tenia fundò ciertas memorias, y obras pias, y dexò por patronos dellas a los Beneficiados de la Yglesia Parroquial de la villa de Arençana, los quales siguen este pleyto, y tienen con el dicho testamento y fundacion legitimada su persona, y con la escritura de censo, que es instrumento publico y guarentigio, fundada la via executiua, ex *l.* 1. 2. & 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*

2 ¶ Y assi solo tendremos necessidad de ir satisfaziendo a las excepciones de que los reos se valen, y para proceder cō mayor claridad, iremos discurriendo cerca de los derechos de cada vno de por si.

Excepciones de don Lus de Frias, y sus hermanos.

3 ¶ Don Luys de Frias, y sus hermanos, se defienden con que no son herederos de don Pedro de Frias su padre, y que assi contra ellos no puede

tener

tener lugar la via executiua, y que aunque posseen los bienes que quedaron por su muerte, tienen los derechos de la dote y arras de doña Maria Mejorada su madre, y de las herẽcias de sus abuelos maternos, en que se entrò el dicho dõ Pedro de Frias, y de la mitad de los bienes gananciales que tocò a la dicha doña Maria, por los quales pretenden hã de preferirse a las memorias de el Dotor don Iuan de la Canal, por ser mejor, y mas antiguo su derecho.

4 ¶ Pero sin embargo destas oposiciones corre con llaneza nuestra pretension, porque es cierto que don Luys de Frias y sus hermanos son herederos de don Pedro de Frias su padre, y tienẽ aceta da su herencia con muchos actos, con que verdaderamente se prueua la acetacion.

5 ¶ El primero, por auerse entrado los susodichos por muerte de su padre en todos sus bienes, y estarlos posseyendo, como lo tienen confessado en diuersas peticiones y autos, y en particular en la peticion de oposicion que dieron ante la justicia de Alcalà, P.2.fol.57.ibi: *Y por nulos los embargos hechos en los dichos bienes, amparando a mis partes en la possession legal que en ellos tienen.* Y el acto de inmixtion y possession de los bienes de el padre, no ay duda que es el mas eficaz, y cierto modo de prouar la acetacion de la herencia, *l.1 & 2.C.de repud. hæredit.* vbi Bart. Bald. Alex. & Ias. *num.1, l.2.C. de iure deliberand. l. pro hærede §.1. l. si is qui bonis, ff. de acquir. hæredit.* Socin. sen. *cons.* 153. *vol.* 2. Mantica, *de coniectur. lib.12. tit.16. à num.16. vsque ad 21.* Mascard. *conclus.45. à num.1. cum seqq.* qui ex n.16 hoc ampliat, etiam si vnam solam rem, quamuis minimam, hereditatis filij possideant.

6 ¶ El segundo, por auer hecho inuentario de los bienes que quedaron por muerte del dicho don Pedro de Frias: porque aunque no dexa de ser controuertido, si ex sola confectione inuentarij hereditatis additio probatur, y Bart. *in l. gerit, circa fin. ff. de adquirend. hæredit.* Ruin. *cons.* 168. *num.* 1. *lib.4.*

*lib.*4.Capra,*conſ* 9.*num.*1.Oſaſc.*deciſ.*147.*nu.*22. defiende que ſi:y Salicet. Alex.y otros, in *l.fin* § *ſin autem, C. de iur. deliberand.* lleuan lo contrario, por dezir, que puede hazerſe el inuentario ſolo para que ſirua de deſcripcion de bienes, y ſi les eſtà biẽ el acetar, o no.

7 ¶ La diſtincion y concordia comun deſtas opiniones es, que ſi el inuentario ſimpliciter factũ fuit, vt ſola bona deſcriberentur, no ſe induze de ello acetacion de la herencia; pero ſi le hizieron como herederos, entonces claramente ſe induze acetacion, vt poſt Salicet. Roland. & alios, probant Maſcard. *de probation. concluſ.* 48. *num.* 4. Mantica, *dict. lib.* 12. *de coniectur. tit.* 9. *num.* 15. Y en nueſtro caſo el inuentario lo hizieron como herederos de don Pedro de Frias ſu padre, para que ſe partieſſen y diuidieſſen ſus bienes entre ellos, como de la cabeça del ſe colige, ibi: *De los quales quieren hazer inuentario, para que ſe partan y diuidan por ſu valor entre los ſuſodichos, &c.*

8 ¶ El tercero, por las cartas de pago que ſe han preſentado, que eſtan *Roll.* 1. *fol.* 96. *y* 98. por las quales confieſſan auer recibido los dichos don Luys de Frias y ſus hermanas, como herederos de don Pedro de Frias ſu padre, ciertas cantidades de marauedis que deuian los arrendadores que quedaron por muerte del ſuſodicho, que las dos eſtan otorgadas ante eſcriuano, y las otras dos reconocidas judicialmente, y por ellas reſulta concluyentemente prouada la acetacion de herencia, aſsi por auer cobrado las dichas cantidades que ſe quedaron deuiendo a don Pedro de Frias ſu padre, ad tradita per Bart. *in l. frater à fratre, num.* 38. vbi etiã Socin. & alij, *ff. de condic. indebit.* & poſt Bald. Nat. Alex. & alios, Maſcard. *concl.* 44. *n.* 45.

9 ¶ Como por que expreſſamente en las cartas de pago referidas afirmaron ſer herederos de ſu padre, y que como tales cobrauan las dichas cantidades, ex hoc namque euidens pro hærede geſtionis actus inducitur, claraque confeſsio hæredi-

reditatis additionis oritur, vt tradit Bart. *in l gerit, num. 15 ff. de adquir. hæredit.* Roman. *cons. 96. nu. 4.* Mantica, *dict. lib. 12. tit. 11. num. 5.* & post alios Mascard. *de probation. conclus. 41. à num. 12.* ibi: *Tertiò ampliatur, vt procedat etiam si verba fuerint enuntiatiua propter aliud, dummodo proferantur per modum causæ, vt si quis dicit id facio, quia sum hæres illius, vel prolata fuerint demonstratiuè, vt si quis protulerit, ego tanquam hæres te saluto, & similia: nam isto casu declaratur, & probatur additio, &c.*

10 ¶ El quarto, porque como tales herederos han nombrado apreciadores de los bienes que quedaron por muerte del dicho don Pedro de Frias su padre, y contadores para hazer la particion y diuision dellos, que se huuieron por nombrados por la justicia, y la van haziendo, y en muchas peticiones el dicho don Luys y sus hermanos claramente confiessan ser herederos del dicho don Pedro de Frias su padre, como parece de los autos que se traxeron compulsados en virtud de requisitoria, que està en la P. 7. dellos, fol. 1. ex quo etiã hereditatis additio clarè inducitur, pues todos son actos qui citra ius, & nomen heredis fieri non possunt, vt in *l. gerit, l. pro hærede, ff. de adquir. hæredit.* cũ latè traditis ibidem per Bart. & per Bald. *in l. potuit, C. de iure deliberand.* Mascard. *conclus. 47. á n. 1.* Mantic. *dict. lib. 12. tit. 12. à numer. 4.* & fere per totum.

11 ¶ Y estando prouada por tantos actos la inmixtion, y acetacion de la herencia, no es de cõsideracion que don Luys de Frias, y sus hermanas aora nieguen ser herederos de su padre, ni lo fuera aunque huuieran expressamente repudiado su herencia, porque con los dichos actos despues huuieran sido vistos acetarla, iuxta text. *in l. vltima, C. de repud. hæredit.* & tradi ta in terminis per Bald. *cons. 392. num. 5.* iuncto principio, *vol. 1.* Mantic. *dict. libr. 12. titul. 10. num. 21.* Mascard. *conclus. 45. à num. 24.*

12 ¶ Siendo, pues, herederos de el dicho don Pedro

Pedro de Frias su padre, que fue vno de los imponedores del censo, y obligado in solidum a la paga de sus reditos la via executiua, procede y tiene lugar contra ellas de la misma suerte que la tuuiera contra su padre, *l. postulante, ff. ad Trebel. l. miles, §. fin. l. ex contractu, ff. de re iudicat. l. 1. ff. vt action. ab hæred. & contra hæred.* Parlad. *lib. 2. cap. fin. 4. part. §. 1.* Azeued. *in l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. ex n.* 108. Rodrig. *de execut. c. 4. n. 1.*

13 ¶ Pero no solo como herederos de el dicho don Pedro, si no como posseedores tambien de los bienes que el susodicho hipotecò al censo, estan obligados, & via executiua tenentur, porque aunque regularmente no tenga lugar la via executiua contra los terceros posseedores, ex traditis à Parlad. *dict. 4. part. §. 5. num. 1. & 2.* Rodrig. *d. c. 4. num. 45.*

14 ¶ Esto no procede en los posseedores de los bienes sobre que estan impuestos los censos, porque en ellos se contrae hipoteca regular, y se juzga como carga real que passa contra quemcumque possessorem, y por ella compete via executiua, quamuis pactum de non alienando sit, vt latè & eleganter defendit Auend. *de censib. cap. 96. num. 8. per totum.*

15 ¶ Y quando pudiera aplicarse la resolucion de Parlad. a los posseedores de los bienes sobre que se imponen los censos, adhuc no procediera en nuestro caso, por estar los bienes especialmente hipotecados con pacto y prohibicion de no enagenar]: tunc enim absque dubio aduersus tertios possessores datur executio, vt per text. in *l. si creditor, §. fin.* ibi: *Nullam esse obligationem, vt pactioni stetur, ff. de distract. pignor. l. fin. tit.* 9. *part.* 5. tradunt post plures Parlad. *dict. §. 5. num.* 16. Gasp. Rodrig. *de ann. redditibus, lib. 2. quæst. 9. à num.* 53. Auend. *dict. cap. 96. num. 7.* Rodrig. *de execut. dict. cap. 4. a n. 47. cum seqq.* Salgad. *part. 4. cap. 8. num.* 199. & 200. & *cap. 14. a nu.* 63. Guzm. *de euiction. quæst. 11. a num.* 51. Hermosill. in *l. fin. tit. fin. part. 5. glos. 2. num. 7.*

erũ-

eruditissimus Dom. Præs. D. Ioan. Bautist. Valenç. Velazq. *consil. 116. an. 7. cum seqq. lib. 2.*

16 ¶ Sin que sea de impedimento si se dixere que el pacto de no enagenar no fue absoluto, si no solo se prohibio la enagenacion en personas poderosas, con que no auiendose hecho en semejantes personas, antes vino a quedar la enagenacion permitida, ex traditis à Gaspare Roderic. *lib. 2. de annuis reddit. quæst. 9. n. 58.*

17 ¶ Porque se responde, que la dotrina de Gaspar Rodriguez procede en caso que por el pacto se dixo solo que no se pudiessen los bienes hipotecados enagenar en Clerigo, Yglesia, o otra persona poderosa, si no en persona lega, llana, y abonada, porque entonces no solo no està prohibida, pero antes viene a quedar permitida la enagenacion en personas legas, llanas, y abonadas: quod nõ euenit in nostro casu, porque por la escritura de censo se dispuso claramente, que no se pudiessen enagenar los bienes, si no es con la carga, y grauamen del censo, y condiciones de la escritura, y que la vẽta, o enagenacion que de otra suerte se hiziesse fuesse ninguna: y aunque los bienes estuuiessen en poder de tercero posseedor, se pudiesse executar en ellos: como de las palabras del dicho pacto consta, que estan *Pieç. 2. fol. 27.* ibi: *Ni los vender, ni enagenar, trocar, ni cambiar a ninguna persona en derecho, o de costumbre prohibida: conuiene a saber, Iglesia, ni Monasterio, Hospital, ni Cofradias, dueña, ni donzella, ni Cauallero, ni persona poderosa, ni de Orden Sacra, ni de Religion, y auiendolo de hazer, aya de ser y sea a persona lega llana y abonada, y natural destos Reynos, en que este dicho censo principal y corridos del estè cierto y seguro, e llana, e realmente se pueda auer, e cobrar, passando con la carga, e grauamen del, y desta hipoteca y condiciones desta escritura, e no sin ella, so pena que la venta, o enagenacion que en contrario dello hiziere, o hizieren los dichos mis fiadores, o qualquier de nos, sea ninguna, y de ningun valor ni efeto, y passen con la carga de esta hipoteca en poder de qualquier persona que los tuuiere: y aunque los dichos bienes esten en*

poder

poder de otro tercero posseedor, los tenga con el dicho grauamen, y se pueda executar y execute por ellos en el principal y reditos deste dicho censo todas las vezes que el dicho señor don Iuan de la Canal, ò qualquier posseedor del quisiere como si no se vuieran vendido, ni enagenado, sin que por ningun transcurso de tiempo que passe, aunque sea inmemorial pueda prescribir ni prescriba en ellos la via executiua sino que siempre y en todo tiẽpo esté firme como si no se vuiera enagenado, ni vendido.

18 ¶ Ex quo clare apparet, que lo que por el dicho pacto se quiso preuenir fue, que no se pudiesse hazer venta, ni enagenacion alguna de los dichos bienes, si nó es reconociendo el comprador expressamente la carga del dicho censo en la escritura de venta, y obligandose a pagarle con las mismas condiciones de la escritura de censo, y que la venta ó enagenacion que de otra suerte se hiziesse fuesse ninguna, y se pudiesse executar en los bienes hipotecados, aunque estuuiessen en poder de tercero posseedor, como si no se vuierā vēdido, ni enagenado, para que assi siempre passasse la via executiua, ó que por el reconocimiento y obligacion que por la escritura de venta hiziesse el comprador, y en caso que esto no vuiesse, ni se le vendiessen los bienes expressamente con la carga del censo por ser la venta entonces ninguna, toda via se pudiesse executar en los bienes como si no se vuiessen vendido. Y assi, no haziendose la enaganacion de dichos bienes en la forma referida, videlicet, con la carga expressamente del dicho censo, y obligandose el comprador a pagarlo, la venta necessariamente se à de tener por ninguna, y se ha de dar contra qualquier posseedor, via executiua en virtud del dicho pacto, que fue resolutiuo, y impidio la translacion de el dominio, ex traditis per Bartol. *in l. filius familias, §. diui, quæst. 4. versic. Aliud ponit*, vbi etiam Ripa, *numer. 88. ff. de legat.* 1. Roland. *consil.* 62. *num.* 17. *cum alijs sequentibus, volum.* 2. vbi plures in idem refert Dom. Præs. *dict. consil.* 116. *num.* 8. *volum.* 2. ibi: *In quorum*

quorum consequentiam cum in scriptura prædicta vltra hipothecam, & clausulam prohibitiuam alienationis, sit alia apposita, quod casu quo de facto alienauerit, aut vẽdiderit, talis venditio, siuè alienatio esset nulla, reduntur certiores resolutiones præfatæ, nã quando in contractu simul cũ pacto, & prohibitione rei non ali nandæ, est pactum resolutiuum alienationis, impeditur dominij translatio, &c.

19 ¶ Estando pues justificada la via executiua, no vienẽ a ser de impedimento los derechos deduzidos por don Luis de Frias y sus hermanas, porque siendo como son herederos de don Pedro de Frias su padre, vt late supra probauimus, qualesquier acciones que contra sus bienes pudieran tener, quedaron confundidas con la aceptacion de su herencia, y inmixtion de bienes, *l. debitor, C. de pactis, l. Stichum, §. additio, ff. de solutionib. l. si debitori creditor, ff. de fideiussor. l. cum secundum, in fin. C. de fideicommiss.*

20 ¶ Y auuque pretenden que aceptaron la herencia con beneficio de inuentario, y hã presentado el que hizieron, este no les puede aprouechar por no auerse hecho como era necessario, con autoridad de juez, iuxta text. *in l. de creationibus,* ibi: *Inuentario cum omni subtitulitate publice conscripto, C. de Episcop. audient.* Fanuc. *de inuentar. part. 3. num. 10.* Petr. Gregor. *lib. 46. syntagm cap. 3. n. 6. & 8.* Camill. Borell. *in sum. decis. tom. 3. titu. 19. à num. 5. & 9. cum seqq.*

21 ¶ Ni con citacion de los dichos patronos, ni de otro acreedor alguno, deuiendo citarles a los que eran ciertos como estas partes en persona, y a los de quien no se tuuiesse noticia, por editos y pregones, iuxta text. *in l. fin. C. de iur. deliber. authent. de hæredib. & falcid. §. sancimus, l. 5. tit. 6. part. 6.* Petr. Gregor. *dict. cap. 3. num. 9.* Anton. Fabr. *lib. 6. C. titul. 11. definit. 26.* Camill. Borrel. *dict. titul. 19. à num. 21. vsque ad 47.* Gutierr. *de tutell. 2. part. cap. 1. num. 85.* Valasc. *consultation. 52. num. 21.*

22 ¶ Y interuiniendo quando no assisten

todos

todos los acreedores por los que faltan, y estan ausentes, otros tres testigos, de mas de los dos q̃ son necessarios para la solenidad del instrumento de fuerte que vengan a ser cinco, *authent. sed cum testator, C. ad leg. falcid. authent. de hæred. & falcid. §. si vero absunt, dict. l. 5. titul. 6. part.* 6. Camill. Borel. *dict. titul.* 19. *num.* 43. *cum tribus sequentib. & a num.* 100. Valasc. *dict. consultat.* 52. *num* 22.

23 ¶ De mas, que en el dicho inuentario se dexaron de poner mas de 10∪300. reales de los bienes y deudas contenidas en el memorial que despues se dio por don Luis de Frias, que està en la pieça 7. de los dichos autos compulsados, fol. 68. en que no puede dexar de considerarse dolo, y ocultacion, pues tan grande cantidad no podia dexarse de inuentariar por ignorancia: y este dolo y ocultacion bastaua para que no pudieran valerse del dicho beneficio de inuentario, y le vuieran perdido, *ex l. fin. §. sin autem dubius, iun. §. & si præfatam, C. de iur. delib. authent. de hæred. & falcid. §. sancimus,* Bart. *in l. rescriptum, num.* 1. & 2. *ff. de his quib. vt indign.* Fachin. *lib.* 4. *cap.* 37. Honde. *consil.* 34. *per tot. lib.* 1. Ceuall. *quæst.* 731. *nume.* 4. Cancer. *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 11. & *lib.* 3. *cap.* 2. *a numer.* 51.

24 ¶ Y aunque por parte de don Luis de Frias se dixo eu estrados, que de la dicha ocultacion no consta mas que por vna peticion qne dio en el juyzio de particion; y que pudieron dexar de inuentariarse por omission, lo cierto es, que ni en el juyzio de particion, ni en este, no se à negado por el susodicho y sus hermanas, q̃ quedassen por muerte de su padre, los dichos 10∪300. reales, de mas de los inuentariados. Y siendo confessió propia deldicho dõLuis no puede venir oy cõtra ella, *l. generaliter, C. di non numer. pecun.* Y le preiudica plenameute, ex *l. cum præcum, C. de liber. caus. l.* 2. *C. de institut. & substit.* Masdard. *concl.* 368. *num.* 4. Y la ignorancia que se alega no se presume en los hijos: y siendo tanta cantidad de bienes

la que se dexó de inuentariar, vt late probat Hōded. videndus, *consil,35. à num. 20. cum seqq. & nu. 61. cum alijs seqq. lib. 1.*

25 ¶ Pero quando el dicho inventario no padeciera los defetos referidos, adhuc, no pudieran don Luis de Frias y sus hermanos valerse del por auer como han negado ser herederos de don Pedro de Frias su padre; ex hoc namque perdieron el beneficio del inuentario, y deuen ser conuenidos in solidum, argumento text. in *l. de ætate, §. si cum esset, ff. de interrogator. actionib.* vbi cū quis esset ex semisse hæres dixit esse ex quadrante, & mendatij pæna ei fuit imposita, vt insolidum cōueniatur, *l. sed hoc ita, §. 1. ff. de re iudicat.* vbi negās se socium, perdit beneffícium, ne conueniatur, nisi in quantum facere potest, *l. si vnus, §. fin. ff. pro socio, l. hæreditatem, §. fin. ff. ad leg. falcid.* vbi hæres negans rem hæreditariam, si conueniatur perdit falcidiam, *authent. contra qui propriam, C. de non numerat. pecun.* cū traditis ibi per DD. pluribus exemplis hoc exornantes late Hippolit. de Marsil. in *rubr. de fideiussorib. à num. 322.* cum pluribus seqq. Carroc. *de excusionib. 2. part. quæst. 69.* Anton. Hering. *de fideiussor. cap. 27. part. 1. à num. 210.* Gratian. *disceptation. 109. num. 1. & per tot.* Anton. Gabr *lib. 5. commun. titul. de acquirend. possess. conclus. 5. per tot.* maxime *nu. 4.* vbi post Casan. *in consil. 21.* inquit: *Negantem in mixtionem, non admitti ad beneficium abstinendi.* & sequitur Philipp. Porc. *lib. 1. commun. regul. 30.* Anton. Cuchus, *in tract. de mentiente circa possessionem, à num. 92. & 107. & fere per toum.*

26 ¶ A que no obstará si se dixere, que dō Luis de Frias y sus hermanos, aunque negaron el ser herederos, tambien dixeron, que quando lo fuessen, tenian hecho inuentario de cuyo beneficio se podiā valer, y que a los reos les es licito valerse de excepciones contrarias, *ex cap. nullus pluribus, de regul. iur. lib. 6.* Porque lo cierto es, que al principio deste pleito, absoluta y simplemente negaron ser herederos de su padre, y el inuenta-

rio

rio no se presentò por los susodichos, si no por esta parte, para conuencerles de los bienes en que por muerte de su padre se auian entrado: y aunque despues se han pretendido valer de su beneficio, nunca han confessado el ser herederos de su padre, ni que tengan acetada su herencia, y aunque oy la cõfessassen despues de hallarse conuencidos, no les podria aprouechar, auiẽdo ya perdido el dicho beneficio por su dolo y negacion: demas que quando las excepciones son contrarias en el hecho, no se pueden proponer, vt per *l. 2. §. 1. ff. quand. appelland. sit, l. 188. ff. de reg. iur.* tradunt Menoch. *lib. 2. præsumpt. 42. num. 6.* Zangerius, *de exceptionib. part. 3 cap. vlt. num. 338.* Osuald. ad Donel. *lib. 22. cap. 8 lit. B.*

27 ¶ De menos consideracion serà si se opusiere, que aunque don Luys de Frias y sus hermanos no huuiessen hecho inuentario, no se pueden tener por confundidos sus derechos y acciones, por ser hipotecarias, y que solas las personales son las que se confunden con la acetacion de herencia, y no las hipotecarias, iuxta text. *in l. ex sextante, §. latinus, ff. de except. rei iudicat,* cum adductis per Surd. *cons. 7. a n. 20. lib. 1.*

28 ¶ Porque se responde, que la mas cierta resolucion es, que por la adicion de la herencia quando el acreedor sucede al deudor, o al contrario, se confunden las acciones, cum actio & passio in eodem subiecto esse non possit, *l. stichum 95. §. additio, l. qui hominem, §. quædam filium, ff. de solut. l. hæres, §. quod si, l. Vranius, l. Lucius Titius, ff. de fideiussoribus.*

29 ¶ Lo qual no solo procede en las acciones personales, sino tambien en las hipotecarias, porque ay la misma razon, quinimo eo ipso quod sublatę sint actiones personales, necessario etiam deficere debent hipothecariæ, cum actio hipothecaria accessoria sit personalis, & subsistere nequeat sublata personali, *l. item liberatur, §. 1. l. si differente creditore, l. soluitur, §. penult. ff. quib. mod. pignus vel hypothe-*

potheca soluatur, l. contrahitur, ff. de pignor. Negusant. *eodem tractatu 6. parti membro 2. num. 5.* neque in re propria potest cadere pignus, vel hypotheca, *l. neque pignus, ff. de reg. iur. l. si rem alienam la 2. ff. de pignorat. act.*

30 ¶ Y en terminos que se confundan con la acetacion de herencia, no solo las acciones personales, sino tambien las hipotecarias, videtur probari *in l. licet, C. ad leg. falcid.* iuncto textu, *in l. pro officio, C. de admin. tutor.* & tradunt Immol. *in l. debitor, ff. ad Trebelian.* Ang. Aret. *in tract. de testament. glos. vlt. sub num. 1.* Ang. *cons. 209.* Lancelot. Decius, *in l. debitori*, vbi etiam Claud. Seysel. & Purpurat. *num. 39 C. de pact.* & cum alijs Card. Tusch. *lit. H. conclus. 52. á num. 2.* Menoch *cons 89. à num. 153. lib. 1.* Rodrig. *de annuis redditib. lib. 2. q. 19. n. 33. & seqq.*

31 ¶ Y ora sigamos la vna, ora la otra opinion, siẽpre viene a ser vno mismo el efeto en quãto a la pretension desta parte, porque no auiendo hecho don Luys de Frias, y sus hermanos inuentario solene de los bienes de su padre, estan obligados a pagar sus deudas, etiam vltra vires hæreditarias, *l. fin. §. sin autem, C. de iur. deliberand. Authent. de hæredib. & falcid. § si vero non fecerit, l. 10. tit. 6. part. 6* Ceuall. *quæst. 411.* & magister meus D. Pichard. *in § sed nostra venenolentia, num. 1. & 2. Inst. de hæred. qualit. & differ.* Y aunque no se confundan las acciones hipotecarias que los herederos tienen contra los bienes del difunto: tamẽ como por no auer hecho inuentario, estan obligados a pagar todas las deudas, etiam de suo patrimonio, deuen ser cõpelidos a la paga, y pueden ser executados in solidum, y aunque opongan de sus derechos, no podrã ser oydos, o a lo menos escusarse por ello de la paga, ex regula *l. vendicantem, ff. de euictionib. l. cum à matre, C. de rei vendicat.* tradunt in terminis Salicet. *in l. si vxor, num. 2. C. de bon. Auth. iud. possidend.* optimè Negus. *de pignorib. 5. part. memb. 1. nu. 53. versic. Quintus casus,* Card. Tusch. *lit. H. conclus. 52.*

num.

num.35. erudite Sebastian. Monticul. *in tract. de inuentar. cap. 10. num. 138. & num. 142.* vers. *Illud sanè constat, & num. 419. & cap. 12. num. 150.* vers. *Sine inuentario repelletur in solidum, non quia actio sit confusa, sed quia tenetur de euictione, &c. Et num.* 161. que por ser lugar singular, aunque se dilate algo este papel, referiremos sus palabras, quæ sic se habent: *Dicet aliquis si hypothecaria non confunditur simul cum principali, cui adhæret, sequeretur maximum absurdum, quod hæres, idemque creditor hypothecarius non tenebitur de suo vltra vires, & tamen omnia iura clamant, quod hæres sine inuentario teneatur, non tantum creditoribus, verumetiam legatarijs hodie. Respondetur, quis negat hoc? Imò tenebitur hæres, verùmtamen non tenebitur, eo quod actio hypothecaria, vel vindicatoria, aut alia similis additione confundatur, tenebitur eo, quod temerarius fuit legũ transgressor præcipentium fieri inuentarium, & quia adeũdo ex quasi contractu actionem personalem parauit creditoribus, & legatarius contra se ipsum, quæ obligatio, & actio personalis aufert omnia bona debitoris præsentia, & futura, saltem in executione rei iudicatæ, l. si creditores, ff. de separat. l. à Diuo Pio, §. in venditione, ff. de re iudicat. notat singulariter, quod vera & interna ratio, cur hæres teneatur vltra vires est illa, quod adeundo ex quasi contract. se obligauit, quæ obligatio parit actionem personalem, quæ actio personalis ad instar cæterarum omnium personalium aufert omnia bona præsentia & futura, dict. l. si creditores, §. 1. & ibi latè dixi, Inst. de actionib. non ergò ratio quod hæres teneatur in solidum illa est, quod actiones confundantur additione: nam quid si hæres non haberet actiones contra defunctum, & hanc rationem sensit non somniculose accutissimus, & ingeniosissimus, Bald. in toties allegata, l. si vxor, sed rursus dicet aliquis, si actio hyppothecaria non confunditur, solutionem faciet ne, hæres de ea, aut de re, quam per eam auocat, aut retinet; quod si est, prout vere est; quorsum diceres, hypothecariam durare? Respondeo, interesse potest hæredis rem illam retinere, & de alijs soluere ob affectionem ob memoriam maiorum, ob opportunitatem, ob vicinitatem, ob aeris clementiam, & salubritatem, ob aliud simile; variæ sunt*

ſunt enim hominum voluntates, & deſideria, l. ſi emptionem ff. de minorib.

32 ¶ Pero quando todo lo que hemos dicho ceſſara, y dieramos que don Luys de Frias, y ſus hermanos huuieran hecho inuentario ſolene, y pudieran gozar de ſu beneficio, y valerſe de los derechos que tienẽ deduzidos. adhuc no fuera de impedimento a nueſtra pretenſion.

33 ¶ Porque en quanto a la dote y arras aũ que ſe tenga por recibida la dote, y las arras, cupieſſen en la dezima parte de los bienes de don Pedro de Frias, todo ello importò mil y ochocientos ducados, los dozientos de las arras, y los otros mil y ſeyſcientos de la dote: y eſta cantidad, y mucho mas tenian recibido don Luys de Frias, y ſus hermanas, antes que don Pedro de Frias ſu padre murieſſe, porque el ſuſodicho prometio en dote y caſamiento a don Pedro Serrano Pineda, con doña Catalina de Frias ſu hija, mil y quinientos ducados en pago de ſu legitima materna, y lo que no cupieſſe, para en cuenta de la ſuya, y don Luys de Frias, y los demas hermanos, aprouaron eſta promeſa, obligandoſe a que todo lo que faltaſſe lo ſuplirian de ſus legitimas, y demas bienes que tuuieſſen, como conſta de la eſcritura, que eſtà P. 7. de los autos compulſados, fol. 18. cum ſeqq. y por cuenta deſta dote el dicho don Pedro Serrano recibio en vida de don Pedro de Frias ſu ſuegro mil y trecientos y cincuenta ducados, y pidio deſpues execuciõ ſolo por los ciento y cincuenta ducados reſtantes, como parece de el pedimiento de execucion, que eſtà d. P. 7. *f.* 95. *B.* Deſuerte, que conforme a eſto los dichos mil y trecientos y cincuenta ducados ſe deuen computar como ſi a todos los herederos del dicho don Pedro de Frias ſe les huuieran entregado, reſpeto de la aprouacion y obligacion que hizieron en la promeſa de dote.

34 ¶ A don Luys de Frias tambien le entregò en ſu vida al dicho don Pedro ſu padre mil y ocho ducados por cuenta de ſu legitima materna,

y de

y de la que le tocasse del dicho su padre, como parece por la escritura que està dicha, *Pieç.7 f.72.*

35 ¶ Y auiendose procedido contra don Pedro de Frias, vno de los hijos y herederos de el dicho don Pedro, por auer muerto a Alonso de Leõ, por executoria fue condenado en ochocientos ducados para la parte, y en las costas y otras cõdenaciones, y por auerse executado al dicho don Pedro de Frias por la legitima materna del dicho don Rodrigo su hijo, que paraua en su poder, se conuino y concertò con la viuda y hijos del difunto por quinientos y cincuenta ducados, *dict. Pieç. 7 fol. 52.* y con el executor de penas de Camara por ciento y treynta y vn ducados que pagò, *dict. Pieç. 7. fol. 66.* Y assimismo pagò de costas dozientos y quarenta y tres dncados, de que consta por cartas de pago, *d. P.7.* desde el fol. 30. hasta el 51.

36 ¶ Y en el funeral de la dicha doña Maria de Mejorada se gastaron ciento y nouenta y cinco ducados, *dict. P.7. fol.4.* vsque ad 13. que juntas todas estas partidas importan tres mil quatrocientos y setenta y siete ducados: y assi no solo viene a estar pagados, y tienen recibidos los hijos y herederos del dicho don Pedro de Frias los mil y ochocientos ducados de la dote, y arras de su madre, pero sobran mil seyscientos y setenta y siete ducados que deuen traer a colacion, para que se pongã por cuerpo de bienes, y se paguen y satisfagan dellos las deudas de su padre.

37 ¶ Las herencias de sus abuelos maternos, aunque pretendieron los dichos don Luys de Frias, y sus hermanos, que auian importado diez mil ducados, y que se auia entrado en ellos don Pedro de Frias su padre mucho antes del año de 604. en que se otorgò la escritura de imposicion del cẽso de las memorias porque se executa, y sobre ello hizieron articulo, y algunos de sus testigos se arrojaron temerariamente a dezirlo, por la particion presentada por los dichos herederos, *P. 8. fol. 57.* consta, que auiendo traido a colacion y particion los

los mil y ſeiſcientos ducados de la dote de ſu madre, ſolo les tocaron ſobre ella 18ꝟ. marauedis; los quales ſe les adjudicaron y pagaron el año de 608. de que reſultan dos coſas. La vna, que ſolo fueron 18ꝟ. marauedis lo que importaron las herencias de mas de la dote. Y la otra, que el recibo deſtos bienes fue por el año de 608. Y aſsi aunq̃ dieſſemos que al dicho dõ Luis de Frias y ſus hermanos les compitiera accion hipotecaria contra los bienes de ſu padre por los dichos bienes aduẽticios, eſta hipoteca era poſterior ala impoſicion de nueſtro cenſo, porque ſolo pudo conſiderarſe deſde el tiempo en que los bienes entraron en ſu poder, que fue por el dicho año de 608. iuxta text. *in l. cum oportet, § fin. C. de bon. quæ liber.* vbi gl. verbo, *deferende*, ibi: *Id eſt tempore quo filius quæſiuit* & ibidem notant Bald. Salicet. & Paul. D. Greg. *in l. 24. titul. 13. part. 5. gloſſ. 6. & 7.*

37 ¶ Reconociendo los abogados contrarios que no podia tener fundamento ſu pretenſion en quanto a la dote y arras, y herẽcias delos abuelos maternos de don Luis de Frias y ſus hermanos, por tener recibido en vida de ſu padre mucho mas que lo que todo eſto importa, ſolo inſiſtieron en quanto a los bienes gananciales, pretẽdiendo que los bienes que don Pedro de Frias hipotecó à nueſtro cẽſo, fueron adquiridos conſtãte el matrimonio, y que aſsi no pudo conſiſtir la hipoteca, a lo menos mas que en la mitad que pertenecia al marido, porque la otra mitad ipſo iure ſe adquirio el dominio a la muger, y por ſu cabeça a los hijos, *ex l. 1. & 2. titul. 9. lib. 5. recopilat.* cum late congeſtis à Mari. Giurb. *ad conſuetud. Meſſanenſ. cap. 1. gloſſ. 5. à num. 20. part. 1.* Y que aſsi la execucion no ſe pudo hazer en los dichos bienes haſta eſtar hecha la diuiſion.

38 ¶ Pero a eſta opoſicion facilmente ſe ſatisfaze, con que muchos de los bienes hipotecados al cenſo no ſe adquirieron conſtante el matrimonio, ſi no eran propios de don Pedro de Frias

por

por auerlos lleuado en capital, y aunq̃ aya otros adquiridos durante el matrimonio enquanto ala mitad que en qualquier caso pertenecia al marido, no tiene duda que consistio la obligacion y censo, ex *l. vnica, C. si commun. res pignor. dat. sit. l. falso, C. de comm. rer. alienat. l.* 55. *titul.* 5. *part.* 5. Felician. *de censib. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 21. *ex verfic E contra vero facit, & num.* 22. Auendañ. *eod. tractatu, cap.* 74. *per tot. & cap.* 75. *num.* 1. *&* 3.

39 ¶ Y en esta mitad no niegan Ayora *de partition.* 1. *part. cap.* 3. *in fin.* Cancer. *variar. lib.* 3. *c.* 1. *num.* 167. Hermosill. *in addition. ad l.* 49. *titul.* 5. *part.* 5. *gloss.* 7. *num.* 9. que se alegarõ por los abogados contrarios en estrados, que puedan executar los acreedores del marido, sino antes claramẽte lo sienten y conceden.

40 ¶ Y respeto de la otra mitad, que es en lo que pudiera auer la duda, no la ay: porque aũque etiam constante matrimonio se le adquiriera a la muger el dominio y possession de los bienes ganānciales por su mitad in habitu, quod postea in actum exijt disoluta societate, Azeued. in *l.* 2. *titul.* 9. *lib.* 5. *recopilat.* & ibidem Matienç. *à nu.* 18. plene Giurb. *dict. cap.* 1. *gloss.* 5. *num.* 27. esto se entiende en las ganancias que vuiere y quedaren despues de satisfechos los capitales, y deudas contraidas constante el matrimonio: porque esto se ha de sacar primero, y mientras no se vuiere deduzido y satisfecho, ni ay ganancias, ni tiene efeto el dominio habitual que por derecho se juzga comunicado etiã constante el matrimonio à la muger, nam lucra dici non possunt nisi capitalia & sortes prius deducantur, *l. Mutius, ff. pro socio, §. de illa, institut. de societat.* Fachin. *lib.* 2. *cap.* 94. Felic. *de societat. cap.* 39. *ex princip.* Aior. *de partitionib.* 1. *p. cap.* 7. *num.* 38. *&* 39. Dom. Gregor. *in l.* 55. *titul.* 5. *part.* 5. *gloss. magna, colum.* 2. *in med.* Azeued. *in l.* 2. *titul.* 9. *lib.* 5. *recop. num.* 12. Debitaque omnia constante matrimonio contracta per soluantur, *l. fin.* §. *si autem &, C. de bon. quæ liber.* Roderic. Suar. *titul.*

titul. de las ganancias, num. 61. Morquech. *lib.* 2. *de de diuis. bonor. cap.* 12. *à num.* 2. Mari. Giurb. *ad consuetudin: cap* 11. *gloss.* 4. *num.* 5.

41 ¶ Conforme a lo qual no se puede dezir que vuo bienes gananciales, ni que lo fueron los adquiridos constante el matrimonio, porque todos los que durante el se compraron, sacadas las cargas de los censos que tenian, solo importaron seisciẽtos ducados poco mas ó menos, y el capital que lleuó don Pedro de Frias, fue de mas de dos ò tres mil ducados, y la dote de doña Maria Mejorada su muger, fue de mil y seiscientos ducados, sin los diez y ocho mil marauedis de las herẽcias, la mayor parte de lo qual se consumio y vendio constante el matrimonio, y con lo procedido de amboscapitales se cõpraron los dichos bienes, y asi no vinieron à ser gananciales, pues si importó seisciẽtos ducados lo que se compró, los capitales fueron de mucho mayor cantidad, y que con los bienes que se compraron, y los demas q̃ quedarõ disuelto el matrimonio, aun no vuo para satisfazerlos.

42 ¶ Y supuesto que el censo de las memorias oy viene a ser de 740. ducados de principal: como quiera ày parte y bienes sobrados de dõde se deua pagar, porque el capital de don Pedro de Frias fue de mas de dos mil ducados, como por sus hijos està alegado y prouado, ó de tres ó quatro mil como dize vn testigo presentado por su parte, que aunque singular prueua aduersus producentes, *ex l. si quis testibus, C. de testibus*, Farinac. *eodem tract. quæst.* 62. *à n.* 227. *&* 327. Y deuiendose sacar esto precipuo, y antes que se llegasse a discutir delas ganancias, y auiendo el dicho don Pedro sucedido en la parte de vno de los hijos q̃ le quedaron, y murio despues de disuelto el matrimonio, solo con ello tenemos sobrado para que se pague el dicho cẽso, porque de los reditos no ay que hazer computo, pues ha sido carga delos frutos, y don Luis de Frias y sus hermanos han gozado

zado de todos los bienes que quedaron por muerte de su padre, y assi viene a ser superfluo quanto por los abogados cõtrarios se insiste en que se deuen hazer cuentas, y si pudo ó no consistir el censo en la parte que tocó a la muger, pues no solo con el capital de don Pedro de Frias, pero aun cõ la mitad del ay sobrado para la paga del censo, y mientras ay capital y no està satisfecho, no tiene lugar el tratar de los bienes gananciales.

43 ¶ Vltra de que don Luis de Frias y sus hermanos, como se ajustò al tiempo de la vista recibieron en vida de su padre mas de tres mil ducados con que pagada la dote y arras y herencias de sus abuelos, les vinierõ a quedar mas de mil y docientos ducados con todos los demas bienes que quedaron por fin y muerte de su padre, que solos los inuentariados importan mas de seis mil ducados, como de su inspeccion se colige, y sin los frutos que han percibido y van percibiendo, q̃ tambien aumentan el cuerpo de bienes, principalmẽte no auiendose acabado de hazer la particion, *l. item veniunt, §. item non solum, l. hæredes furiosi, § fructuum, ff. de petit. hæredit. l. si creditores, ff. de separat.* y deuen ser para pagar los Acreedores, Guid. Papa, *in tráct. de form. inuentar. num.* 17. & post Ang. & alios Monticul. & Roland. *eod. tractat. ille cap.* 7. *num.* 10. hic vero *fol. mihi* 85. *pag.* 2.

44 ¶ Y auiendo como ay tantos bienes sobrados de don Pedro de Frias de que se puede, y deue pagar el dicho censo y sus rediscos, cesa totalmente la pretension de don Luis y sus hermanos, y no pueden valerse del beneficio de inuentario aunque le vuieran hecho solene, porque solo pueden aprouecharse del los herederos quando no ay bienes bastantes para pagar a los acreedores, & sic ne conueniantur vltra vires hæreditarias, pero no quando ay bienes y hazienda suficiente del difunto; tunc enim prædicto beneficio iubari non possunt, nec factum testatoris impugnare, nec iuribus, & actionibus suis vti, vt post

post alios tradunt Alexand. *consil.* 19 *in fin. lib.* 5. Zephal. *consil.* 392. *num.* 36. Honded. *consil.* 3 *nu.* 53. *lib.* 1. & pluribus adductis Alexand. Ludouis. *decis.* 418. *num.* 6. *&* 7. & ibidem Beltramin. *num.* 15. vbi eleganter inquit: *Quod inuentarium non impedit confessionem actionum quatenus suppetunt vires hæreditariæ, quia eius beneficium non fuit inuentum, nisi vt præseruaret hæredem a damno, non autem, vt ex eo aliquid lucraretur.* Petr. Surd. *decis.* 30. *num.* 13. *&* 14. Gãcet. *lib.* 3. *variar. cap.* 2. *à num.* 141. *& num.* 175.

45 ¶ Y aunque contra esto se ha pretendido que por muerte de doña Maria Mejorada, muger de don Pedro de Frias quedaron mas de veinti quatro mil ducados de bienes gananciales, los quales dizen consumio y gastó despues el dicho don Pedro, estos veinti quatro mil ducados son como los diez mil que pretendian de las herẽcias de sus abuelos, que por las hijuelas de partició se vinieron a reduzir a diez y ocho mil marauedis. Y lo cierto es, que no ay prouança alguna en quanto a esta pretension: porque como se ajustò al tiẽpo de la vista, solo ay tres testigos singulares que deponen de oidas, sin dar mas autor, que al mismo dõ Pedro de Frias, y que ni dizen las deudas que quedaron al tiempo que se disoluio el matrimonio, ni los bienes con especialidad enumerandolos como deuian, porque se pudiera tener por prouança considerable, iuxta tradita per Barto. *in l. si constante, num.* 7 *&* 11. *ff. solut. matrimon.* quẽ ibi cæteri sequuntur Mascard. *conclus.* 1159. *á num.* 25. *&* 39. Dom. Couarruu. *lib.* 2. *variar. capit.* 6. *num.* 8.

46 ¶ Y por el mismo hecho se conuence, pues si vuiera auido los bienes gananciales que se dize, necessariamente auia de auer escrituras de la adquisicion y compras, y tambien de las ventas y enagenaciones q̃ despues de disuelto el matrimonio hiziesse don Pedro de Frias, y solo se han presentado las escrituras de cõpra de los bienes que hemos referido, y de redenciones de cen

sos,

ſos, que vno y otro no importan mil ducados. Y de venta, ô enagenacion que hizieſſe diſuelto el matrimonio, no ſe ha preſentado teſtimonio, ni eſcritura alguna, con que ſe maniñeſta quan incierta es la pretenſion de don Luis de Frias y ſus hermanos, pues ſi vuiera auido mas compras, ó enagenaciones las preſentaran como han preſentado las que hemos dicho, ad tradita per Rot. *deciſ. 731. num. 19. part. 1. diuerſor.* Alexand. Ludo. *deciſ. 467. num. 7.* Oliuer Beltramin. *in addition. ad einſdem deciſ. 353. num. 19.*

47 ¶ Demas, que quando ſe prouarà que algunos bienes vuiera gaſtado y conſumido don Pedro de Frias, no pudieran ſus hijos pretender prelacion por ellos, porque ſolo les compiciera vna accion perſonal, pero no hipotecaria por no hallarſe induzida tacita hipoteca en eſte caſo, ni darſe, niſi in caſibus a iure expreſsis, *iuxta gloſſ. fi. in l. 1. ff. de priuil. creditor.* Rippa, *in l. dauimus num. 9. ff. eod.* Surd. *deciſ. 271. num. 10.* Dom. Gregor. *in l. 25. titul. 13. part. 5. verbo, obligados.* Y concurriendo las memorias por el derecho de ſu cenſo, y los hijos por los bienes gananciales que ſu padre les conſumiô, deuian las memorias preferirſe como acreedores hipotecarios, ex regul. *l. eos, C. qui potior. in pignor. hab.* vt reprouato Anto. Gom. tradit in terminis late & omnino videndus Ioan. Gutierr. *de iurament. confirmat. 1. part. cap. 46. num. 6. & 7.*

48 ¶ Y aunque contra la opinion de Iuan Gutierrez ſe opuſo del texto in *l. cum oporter, §. fi. C. de bon. quæ lib. & in l. 24. titul. 13. part. 5.* Donde parece ſe dà tacita hipoteca contra los bienes del padre a ſus hijos por los bienes que les conſumiô y enagenô.

49 ¶ La deciſiô deſtos textos procede ſolamente quãdo el padre enagenô y diſipô los bienes de ſus hijos doloſamente, adeo que no baſtarà que la adminiſtracion aya ſido ſolo culpable, niſi dolus probetur, vt tradunt gloſſ. Bart. Bald. &

cæteri

cæteri, *in d. l. cum oportet*, *§. non autẽ*, *& §. fi.* Neguſ. *de pign.* 2. *p. memb.* 4. *à n.* 13. Pinel. *in l.* 1. *p.* 2. *n.* 33. *& ſeqq.* C. *de bon. mater.* Mar. Giur. *ad couſuet. Meſanenſ. c.* 7. *gloſſ.* 3. *n.* 16. ibi: *Nec bona patris legitimi adminiſtratoris hipothecata ſunt filio pro adminiſtratione. &c. Licet culpoſa adminiſtratio ſit, ſecus ſi doloſa.* Y aſsi parece lo ſintio y entendio la dicha *l.* 24. *titul.* 13. *p.* 5. el ſeñor Gregor. Lop. *ibi verbo, en ninguna manera*, ibi: *Limita niſi alienet p opter ſolutionem æris alieni, pro ſolutione legatorum, vel quando res ſunt damnoſæ, & oneroſæ hæreditati, &c. & verbo, empeñados al fijo.* ibi: *Et nota quod in caſu illicitæ alienationis, bona patris ſunt, &c.*

50 ¶ Y en nueſtro caſo no ſolo no ſe à prouado eſta doloſa, y fraudulenta adminiſtracion de don Pedro de Frias, antes conſta que quedó con ſiete hijos, que ſolo el vno murio, y a los demas ſuſtentò por eſpacio de mas de treinta años, haſta que murio alimentandoles, y dandoles lo neceſſario, y poniendo a los mas en eſtado, en q̃ neceſſariamente auia de gaſtar gran ſuma de ducados, y mucho mas que lo que podiã importar los frutos de la dote y arras, y aun eſtos le pertenecian por razon de la patria poteſtad, con q̃ quando algo vuiera conſumido, ó gaſtado eran en cauſa tan juſta y neceſſaria como alimentar y dar eſtado a ſus hijos, que ſon los miſmos que oy litigan, y quieren oponer contra ſu padre de los gaſtos que con ellos miſmos hizo.

51 ¶ Deniquc animaduertendum eſt, que ora conſideremos continuada la compañia entre el padre y los hijos deſpues de la muerte de doña Maria Mejorada, como quieren ſe continue Palac. Rub *in rubr. de donat. inter §.* 62. *num.* 2. Dom. Gregor. *in l.* 10. *verbo, por la muerte, verſic. Tertio limita, titul.* 10. *part.* 5. Segur. *in l.* 1. *§. fin. num.* 74. *ff. de liber. & poſthum.* Caſtill. *in l.* 16. *Taur. num.* 52. Azeued. *in l.* 3. *num.* 28. *titul.* 6. *lib.* 5. *& in l.* 2. *nu.* 14. *&* 15. *titul.* 9. *eod. lib.* vbi etiam Matienç. *gloſſ.* 1. *a num.* 9. *&* 17. *&* 26. *cum ſequentib.* Gutierr. de

iuram.

iuram. 1.*parte,cap.*48.*num.*4.Pat.Molin.*disput.*414. *nu.*9. Tepat.*var.lib.*2.*tit.de societ.column.*2. Marius Mut. *ad consuetud. Panormitan. consuetud.* 40. *nu.*19. ora cōsideremos por acabada la compañia, y a dō Pedro de Frias solo como padre y legitimo administrador de dichos bienes, como quiera parece q̄ aun quando no huuiera como ay bienes del dicho don Pedro, auiã de estar obligados los de sus hijos.

52 ¶ Porque si se continuò la compañia, pudo el padre solo como compañero, y en quien residia la legitima administracion de todos los bienes hipotecarlos, no solo por su parte, sino tambiẽ por la de sus hijos, *iuxta textum in l. magister, ff. de pact.* & tradita per Bart. *in l. eandem, numer.* 3. *&* 7. & ibi Ronq. Gal. *num.* 191. *ff. de duob. reis.* Surd. *decis.* 313. *num.* 2. *&* 4. Grat. *discept.* 279. *á nu.* 2. Valasc. *consult.* 98. *num.* 5. *&* 12. Mar. Giurb. *ad consuetud. cap.* 9. *glos.* 6. *num.* 23.

53 ¶ Y aunque no se continuasse la compañia, pudo como padre y legitimo administrador, ex iuxta causa (como lo era para alimentar a los dichos sus hijos) tomar el dicho censo, y imponerlo sobre sus bienes, y aun pudiera sine decreto iudicis en este caso enagenarlos, iuxta textum *in l. fin.* §. *si autem, &* §. *si autem filium, C. de bon. quæ liber.* D. Gregor. *in l.* 24. *tit.* 13. *part.* 5. *glos.* 5. Mar. Giurb. *ad consuetudin. cap.* 7. *glos.* 3. *num.* 12. sin que lo impida la dicha *l.* 24. *tit.* 13. *p.* 5. porque habla quando el padre enagenò los bienes sin causa justa, y aun entonces solo se les concede accion a los hijos, en caso de no auer bienes del padre contra que puedan tener recurso, prout contendunt etiam in bonis lucratis, Auendañ. *in l.* 17. *Taur. glos.* 4. *num.* 5. Angul. *in l.* 3. *glos.* 4. *num.* 8. & ibidem Matienç. *glos.* 1. *nu.* 4. *tit.* 9. *libro* 5. Mar. Giurb. *ad consuet. cap.* 1. *glos.* 5. *nmu.* 37.

54 ¶ Y assi no parece puede auer razon ni fundamento que impida la pretension de los Patronos para que se confirme la sentencia de vista, que mandò

mandò hazer remate de los bienes hipotecados a el censo, sin obligarle a dar las fianças que por la sentencia del Alcalde mayor se manda.

Excepciones de doña Maria Mendez de Alfeyde, y consortes.

55 ¶ No se duda de que el oficio de Regidor que doña Maria Mendez, y don Alonso de Quesada su marido vendierō a don Pedro Vazquez Messia, padre de don Iuan, que oy le possee, sea el mismo que don Pedro Serrano Pineda hipotecò a el censo de las memorias, ni del valor de la hipoteca, porque ya oy semejantes oficios se pueden hipotecar y vender como los demas bienes, vt tradunt D. Couarr. *lib. 3. variar. cap. 19. à num. 5.* Felician. *de censib. 2. cap. 3. num. 30.* Auend. *eod. tract. cap. 55. à n. 3.* Mier. 4. *p. q. 4. n. 10. & 11.*

56 ¶ Solo constituyen su defensa, en que estando posseyendo el dicho oficio don Pedro Vazquez Messia por venta que le auian hecho los dichos don Alonso de Quesada, y doña Maria Mendez su muger, se hizo execucion en el por don Pedro de Frias, en virtud de la escritura de reserua que don Pedro Serrano de Pineda, y los demas obligados a el censo auian hecho entre si, obligandose a redimir dētro de seys años cada vno la parte que del principal del censo auia lleuado, y que en virtud de sentencia de remate, y mandamiento de apremio que se despachò se vendio y rematò el dicho oficio en don Alonso de Quesada en precio de 500. ducados, el qual como persona que se lo auia vendido, y estaua obligado a la euiccion se lo boluio a dexar, y cō esta vēta y remate hecho por autoridad publica pretenden se extinguio la hipoteca del dicho censo que las memorias teniā,

iuxta

iuxta textum *in l. si eo tempore 6. C. de remiss. pignor.*

57 ¶ Sed hoc fundamentum facilè eliditur; aduirtiendo, q̃ la hipoteca es carga real que passa contra qualquier posseedor, *l. si conuenerit 18. §. si fundus, ff. de pignorat. act. l. distractis 14. C. de pignorib. & hypothec. l. si ignorante 3. l. pignoris 10. C. de remiss. pignor. l. si debitor 12. C. de distract. pignor.*

58 ¶ Y que esto procede aunque la cosa hipotecada se venda por autoridad judicial, argumẽto *text. in l. 1. ff. de distract. pignor. l. rei creditor 17. C. eod. l. 2. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* porque solo en los terminos de la *l. si eo tempore*, que es quando el acreedor fue citado para el pleyto de concurso, y no quiso comparecer, le puede prejudicar la venta y remate judicial de los bienes hipotecados; pero no auiendo sido citado, no le puede prejudicar, ni es de impedimento para que contra qualquier posseedor pueda intentar su accion y derecho, como si la cosa no se huuiera enagenado, vt in terminis tradunt Seraph. *decis. 1233. nu. 1.* Stephan. Gra. *tom. 1. cap. 37. à num. 37. cum seqq.* Statil. Pacific. de Saluian. interdict. *inspect. 3. cap. 2. num. 134.* & in alia impressione, *nu. 405. cum seqq.* & post dict. tractat. Rota, *decis. 87.* Cancer. *2. p. variar. cap. 7. numero 14. & seqq.*

59 ¶ Y assi no auiendo sido citados ni llamados para la dicha execuciõ y remate los dichos Patronos, ni teniendo noticia de ello, ni pudiendoseles imputar culpa, o negligencia, es indubitable que la hipoteca de su censo no quedò extinta ni remitida con la dicha venta y remate que se hizo en don Alonso de Quesada, quãdo no huuiera sido como fue simulado, vt posteà dicetur à num.

60 ¶ Reconociendo la verdad de esta proposicion el Abogado contrario, replica, que ya que por la dicha venta y remate no se extinguiesse la hipoteca, fue visto remitirse, por auer recibido la parte de las dichas memorias cinco mil y ciento y ochenta y seys reales, procedidos del precio en q̃ se



se rematò el dicho oficio en don Alonso de Quesada: porque cõ auer recibido parte del dicho precio, fue visto aprouar la venta, Hierony. de Leon, *decis. 167. lib. 2.*

61 ¶ Verùm huic obiectioni multipliciter respondetur. Lo primero, que en la carta de pago que se otorgò de los dichos 5U186. reales, se dize q̃ se reciben de don Pedro Serrano de Pineda, y doña Ynes de Aranda su muger, que fueron de los principales obligados a el censo, y que lo impusieron sobre el dicho oficio: de suerte que con particular cuydado parece se preuino q̃ el dinero se recibia de los imponedores del censo, y juzgando el oficio de Regidor como si estuuiera en su poder, y no enagenado; con que deste acto no se puede sacar aprouacion de la dicha venta y enagenacion, pues no se infiere del necessariamente como era necessario, para que se juzgara consentido y aprouado, argumento text. *in l. vltima, C. ne vxor pro marit. l. Lutius, §. testator, ff. de leg. 2.* cum traditis per Menoch. *de præsumpt. lib. 1. q. 20. per tot.* D. Cast. *lib. 5. cap. 107. nu. 24. & 25.*

62 ¶ Lo segundo, que aunque en la dicha carta de pago se dixo, que la cantidad referida procedia de lo que tenia depositado don Alonso de Quesada de resto del oficio de Regidor que comprò del dicho don Pedro Serrano Pineda, desta enunciacion tampoco se puede inferir aprouacion del remate, pues ni aun consta que el mandatario que otorgò la dicha carta de pago tuuiesse noticia del, ni se puede presumir, por ser como era persona forastera, vezino de la villa de Araçana, que auia venido a la cobrança de los reditos que se deuian del dicho censo, y que solo hizo la dicha relacion por la que a el le hizieron: y no se puede entender, quãdo se quisiessen considerar las dichas palabras del remate judicial que se hizo en el dicho don Alonso de Quesada, sino de la primera venta que le auia hecho don Pedro Serrano, porque al tiempo del

remate



remate judicial no posseia el oficio el dicho don Pedro Serrano, si no don Pedro Vazquez, con que no se podia dezir que lo comprava entonces de dõ Pedro Serrano Pineda.

63 ¶ Lo tercero, que lo mas que de las dichas palabras se podia inferir, era que se auia tenido noticia y ciencia al tiempo de otorgar la carta de pago de que el dicho oficio se auia vendido y rematado en don Alonso de Quesada, y que el dinero era procedido desta venta, lo qual no bastara para juzgarse, que por esto auian querido los patronos remitir la dicha hipoteca, *l. sicut, §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Bart. *in l. fin. C. de remiss. pignor.* vbi quod nec præsentia creditoris in venditione sufficit, Alex. *cons. 20. num. 12. lib 3.* Ias. *in l. cum rem alienam, num. 5. C. delegat.* Socin. *cons. 46. numer. 18. lib. 4.* Negus. *de pign. 6. part. membr. 3. à num. 23.*

64 ¶ Lo quarto, que la persona que recibio el dinero fue vn mandatario, que solo traia poder para cobrar, pero no para hazer remission de las hipotecas, siendo para esto necessario poder especial, y de todos los patronos, *l. si consensit 7. §. videamus, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluat.* ibi: *Videamus si procurator omnium bonorum consenserit, vel seruus actor, cui & solui potest, & in id propositus est, an teneat consensus eorum, & dicendum est non posse, nisi specialiter hoc eis mandatum est:* & ibi notat Bart. Negus. *d. membr. 2. n. 28.*

65 ¶ Lo quinto, que aun los dichos patronos, por ser el censo de las dichas memorias y obra pia, no pudieron con ningun acto, ni consentimiẽto remitir las dichas hipotecas, si no es interuiniẽdo autoridad de justicia, informacion de vtilidad, y los demas requisitos, argument. text. *in l. si consenserit 7. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Negus. *de pignor. 3. memb. 6. p. n. 28.* donde en el tutor requiere estas solemnidades.

66 ¶ Lo sexto, porque en la misma carta de pago se dize, que todo sea sin perjuyzio del derecho



recho de la obra pia, y quedandose en su fuerça y vigor la escritura de censo para cobrar el principal y reditos de todos los bienes hipotecados, lo qual bastara para conseruar la hipoteca aunque huuiera interuenido consentimiento expresso, *l. si debitor* 4.§.1. ibi: *Nisi salua causa pignoris sui consenserit, vel venditione, vel cæteris, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* notant Ias. *in l. si fundum per fideicommis. numer.* 17. *& seqq. ff. de leg.* 1. Negus. *vbi proximè, num.* 26.

67 ¶ Lo setimo, que la dicha venta y remate fue fingido y simulado, porque como don Alonso de Quesada estaua obligado a sanear a don Pedro Vazquez el dicho oficio que le auia vendido por mil ducados, y se hizo execucion en el por la cantidad que emos dicho de pedimiento de don Pedro de Frias, y el dicho don Alonso, como obligado a la euiccion, era quien verdaderamente lo deuia pagar, puso el oficio, y hizo que se le rematasse por el principal y costas, que eran 5U186. reales, aunque todo fue afectado y simulado, porque don Pedro Vazquez se quedò siempre con el oficio posseyendolo, sin que se le hiziesse nueua venta, o retrocessión, y assi el dicho remate no vino a tener efeto, ni pudo causar extincion, ni remission de la hipoteca del dicho censo, aunque huuieran dado los patronos permission, o consentimiento para que se vendiesse, vt probat text. singularis, *in l. sicut 8. § super vacuum, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* vbi notat Bart. & Negus. *dict. membr. 3. num.* 31. & conducunt tradita per Farin. *de falsit. & simulat. q.* 162. *à num.* 228.

68 ¶ Lo octauo, que con lo que emos dicho no puede ajustarse la decision de don Francisco Geronimo de Leon 167. referida supr. nu. 61. porque en el caso della huuo consentimiento y ratificació del acreedor, pues teniendo noticia cierta del remate, cobrò y sacò el dinero del depositario, vt à *num* 9 *cum seqq. & num.* 16. ibi dicitur, y en nuestro caso no huuo esta noticia y ciencia, ni el que cobrò

era

era persona legitima, ni tenia poder para remitir la hipoteca, y huuo la reserua, y demas circunstancias ponderadas desde el num. 62. que diuersifican totalmente el caso.

69 ¶ Nec dici poterit, que ya que la hipoteca y obligecion del oficio no se tenga por extinta, o remitido, por lo menos los patronos no han de poder pretender cobrar del posseedor del mas que 5U814. reales, que es lo que sobre los 5U186. resta hasta mil ducados, que era el valor del dicho oficio, y en que lo auia comprado don Alonso de Quesada, y lo vendio a don Pedro Vazquez, pues auiendo vna vez cobrado de los posseedores los dichos 5U186. reales, no es justo q̃ esto mismo quierã boluer a cobrar, y a lleuar por este camino mas que la estimacion verdadera del dicho oficio.

70 ¶ Porque se satisfaze. Lo vno, con que la accion hipotecaria compete derechamente para que el posseedor dexe y restituya la cosa hipotecada, o pague toda la deuda, y asi no se libra cõ ofrecer, o pagar el precio, o estimacion de la cosa hipotecada, sed integrum debitum debet persoluere, aut eam relinquere creditori, vt per text. *in l. si fundus, §. in vendicatione, ff. de pignorib. & hypothec. l. tutor, §. Lucius, ff. de vsur.* & alia iura & fundamenta resoluunt, & optimè comprobant Neguz. *de pignor. 5. part. num. 4. membr. 4. num. 21. & 22.* Dom. Couarr. *lib. 1. cap. 8. num. 3. vers. Caeterum,* Moroc. *de iur. offerend. num. 7. & 8.* Masul. ad Capic. *decis. 202.* Ric. *decis. 263. part. 2.* Ioan. Baut. Tor. *in compend. decision. verb. conuentus:* optimè Vincenc. de Franch. *decis. 38. num. 1.* & ibi addentes Guzm. *de euiction. q. 20. n. 8.*

71 ¶ Conforme a lo qual supuesto que el posseedor no se libra con ofrecer y pagar la estimacion de la cosa hipotecada, mientras no paga enteramente la deuda, no pueden don Iuan Vazquez Messia, ni doña Maria de Alfeyde pretender librarse con pagar sobre los dichos 5U186. reales, lo restante cumplimiento a los mil ducados, que dizen



dizen era la estimacion del dicho oficio, porque, o han de pagar todo el censo y reditos, o han de dexar el oficio, ex superius dictis.

72 ¶ Lo otro, conque don Iuan Vazquez Messia, posseedor del dicho oficio, ni don Pedro Vazquez su padre, no pagaron parte alguna de los 5U186. reales en que se rematò, y aunque los pagò don Alonso de Quesada, despues por el año passado de 615. se obligò don Pedro Serrano, vno de los principales imponedores de nuestro censo, y que le auia vendido el dicho oficio, y dō Iuan de Gongora su cuñado como su fiador, a pagarle al dicho don Alonso dentro de dos años los dichos 5U-186. reales, y por las cartas de pago presentadas consta, que pagaron 3U950. reales, y que para la cantidad restante le otorgaron poder en causa propria para que los cobrasse de vnos labradores, y deudores suyos, lo qual se à de tener tambien por paga: nam delegatio vim solutionis habet, *l. quamuis, §. interdum, ff. ad Velleian. l. si rem, § si duo, ff. de nouationib. l. inter causas, §. abesse, ff. mandat.* Surd. *cons. 269. num. 16. lib. 2. & cons. 436. num. 1. lib. 3.* Y se ha de presumir que este resto estará tambien cobrado al cabo de tantos años: nam ex temporis diuturnitate solutio quidem præsumitur, pues de otra suerte huuiera hecho en virtud del poder en causa propria diligencias para cobrarlo, vt in terminis perpendit Matth. de Afflict. *decis. 13. num. 21.* vers. *Nona coniectura,* Menoch. *cons. 457. num. 1. lib. 5. & de præsumption. lib. 3. præsumpt. 135. a n. 19.* Mascard. *concl. 1324. n. 27.*

73 ¶ Y assi injustamente pretende valerse de que tienen pagada parte de la estimacion, y precio del dicho oficio, quando por el dicho don Pedro Serrano y sus fiadores, que fue imponedor principal del censo, se les satisfizo y pagò toda la cantidad que don Alonso de Quesada auia lastado: y parece necessario el deuerse reuocar la sentencia de vista, que confirmò la del Alcalde mayor, por la qual en quanto al oficio de Regidor reuocò la exe-

cucion,



cucion,y denegò el remate, y que se ha de mandar hazer remate del dicho oficio, como de los demas bienes executados,pues no ay causa ni razon porque se deua denegar,no solo en todo el oficio, y su valor,como se deniega por la sentencia de vista, y por la del Alcalde mayor, pero ni aun en los 55186. reales, en que se le rematò a don Alonso de Quesada,por lo que hemos dicho,porque en quãto a lo demas restante hasta los mil ducados, que era el verdadero valor del oficio, y en que lo auia comprado el mismo don Alonso de don Pedro Serrano,y lo auia vendido a don Pedro Vazquez,juzgamos,que nunca podia auer razon de dudar para que se deuiesse en ello hazer remate.

Excepciones de los demas posseedores de bienes hipotecados.

74 ¶ Los demas posseedores se valen de vna excepcion comun: videlicet, de que son terceros contra quien no tiene lugar la via executiua, pero esto se excluye con lo que diximos suprà, à numer. 13.

75 ¶ Y solo don Alonso de Benauides se funda en los testimonios que ha presentado, de que los bienes que possee hipotecados al censo,se le remataron en publica almoneda, y esta excepcion tãbiẽ se elide con lo q̃ se fundò supr. à n. 57. porque para ninguno de los dichos remates, ni los pleytos en que se hizieron fueron citados los patronos de las dichas memorias.

76 ¶ Y aunque pretende que con lo procedido de los dichos bienes se pagò a acreedores primeros que las memorias, en cuyo lugar dize auer sucedido. Esto que era fundamento de su intenciõ no lo ha prouado, ni por los testimonios presentados se justifica que acreedor alguno de los a quien se

se pagò con el precio de los dichos bienes, fue anterior al derecho de el censo de las dichas memorias: con que es preciso se confirme la sentencia de vista; pues no ha justificado sus excepciones como le convenia, *ex l. in exceptionibus, ff. de probationibus.* Y assi esperamos que la dicha sentencia se ha de confirmar en todo lo fauorable, reuocandola, y enmendandola en todo lo prejudicial. Salva, &c.

El L. Pedro Muriel de Berrocal.